

論文

公務員の法令遵守義務と 職務命令服従義務について

濱西 隆男

Compliance with Laws and Regulations and Faithful Observance of the Orders of Superiors of Officials

HAMANISHI, Takao

Abstract

Officials shall, in the performance of their duties, comply with laws and regulations and faithfully observe the orders of their superiors in the course of their duties. The theory that latter observance shall precede the former compliance in certain cases is accepted more dominantly at present. But I think that the former compliance shall generally precede the latter observance. Although the Supreme Court judged on February 9 2012, this matter has not been settled yet.

要 約

公務員には法令遵守義務と職務命令服従義務が課せられている。現在の有力説は職務命令服従義務が優先すべき場合があるとするが、原則として法令遵守義務が優先すべきである。この問題は、最高裁平成24年2月9日判決でも決着していない。

キーワード

法令遵守義務 (Compliance with laws and regulations)

職務命令服従義務 (Faithful observance of the orders of superiors)

1. はじめに

筆者は、数年前に「行政機関の指揮監督権限と公務員の服務についての覚書－行政組織法と公務員法の交錯・連結の視点から（1）（2）」（平成24年）（以下「前論考」という）を上梓した⁽¹⁾。前論考は、行政組織法と公務員法の両法が交錯あるいは連結する局面の代表例とされている行政機関の指揮監督権限と公務員の服務の関係をとり上げたものである⁽²⁾。伝統的な行政法学は、行政機関（行政組織）の外部法関係（行政作用法）と内部法関係（行政組織法）を区別した上で、行政組織法と公務員法の両法について、内部法関係として理解し、さらに公務員法について、特別権力関係として整理するというものであった⁽³⁾。しかし、前論考では、公務員法について、外部法関係として理解するという着眼点に基づいて、行政組織法と公務員法の交錯あるいは連結に留意しながら、行政機関の指揮監督権限と公務員の服務に関する諸法律の関係規定を読み直した。そして、行政組織

法と公務員法について、従前の整理とは異なり、新しい整理を提示したものであった。

幸いなことに、前論考は、伝統的な行政法学と今日の有力学説に対する批判として、肯定的なコメントばかりではないにせよ、行政法の代表的な概説書と参考書でも紹介されている⁽⁴⁾。ところが、前論考の校正時に最高裁判所平成24年2月9日第一小法廷判決（民集66巻2号183頁）（国歌斉唱義務不存在確認等請求事件）（以下「平成24年判決」という）が下された。近年、平成24年判決を取り上げる論考も幾つか公表されて、議論が進展するきざしがみられる。そこで、今回の論考は、前論考で提示した整理のうち、平成24年判決に関係する部分に限り、改めて筆者の見解を確認・提示しようとするものである。

筆者の見解を確認・提示するに先立ち、最初に前論考で提示した整理のうちで平成24年判決に関係する部分、次に平成24年判決について、少し長くなるが、紹介したい。

- （1）「行政機関の指揮監督権限と公務員の服務についての覚書－行政組織法と公務員法の交錯・連結の視点から（1）（2）」自治研究88巻（2012年）4号46頁以下・5号43以下参照。
- （2）本稿で行政組織法とは、国家行政組織法を含む行政組織法一般の意味で使用している。同様に、公務員法とは、国家公務員法を含む公務員法一般の意味で使用している。特に国家行政組織法、国家公務員法に限定されるときは、各々、法律名を使用している。
- （3）伝統的な考え方は、行政作用法に対して、行政組織法を本体としつつ、公務員法と公物法を含めて、広義の行政組織法を構成させる。例えば田中二郎「新版 行政法中巻（全訂第2版）」（1976年 弘文堂）12頁以下参照、これに近い整理をするものとして、塩野宏「行政法Ⅲ（行政組織法）（第4版）」（2012年 有斐閣）1頁以下参照。
もっとも、近年では、公物法については、広義の行政組織法から除外する考え方が有力になっているように思われる。例えば遠藤博也「現代法律学講座7 行政法Ⅱ（各論）」（1977年 青林書院）19頁参照、これに近い整理をするものとして、今村成和（畠山武道補訂）「行政法入門（第9版）」（2012年 有斐閣）23頁以下参照。さらに、公務員法についても、別途の位置づけを与えるべきとする考え方が主張されるようになってきている。例えば藤田宙靖「行政組織法」（2005年 有斐閣）6頁以下参照、詳細に説明するものとして、同「公務員法の位置づけ－行政組織法理の体系化へ向けての一考察－」（同「行政法の基礎理論 下巻」（2005年 有斐閣）所収32頁以下（初出1985年））（以下「公務員法の位置づけ」という）参照。
- （4）塩野・前掲注（3）書48・316・318頁、村上博「職務命令と服従義務」（高木光・宇賀克也編「行政法の争点（第4版）」（2014年 有斐閣）所収194頁以下）参照。

2. 前論考で提示した整理

(1) 職務命令

ア 職務命令の処分性

公務員の服務に関して、任命権者による懲戒権限との関係で特に問題になるのは、上司の職務命令に対する服従義務である。国家公務員法98条1項は、「職員は、その職務を遂行するについて、法令に従い、且つ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない。」と定める。

職務命令は、行政主体（国・地方公共団体等）とは独立した人格を有する公務員に対して、当該職務命令の内容に服従義務を賦課するものである。公務員が職務命令服従義務を賦課させられるということは、相手方たる上司は職務命令発出権限があるということを意味する。そこで、行政組織法上の命令たる訓令・通達には当たらない公務員法上の命令たる職務命令プロパーについて、処分（行政庁の処分）に当たるかどうかが問題になる。

職務命令が処分に当たるとすることには、疑問がないではない⁽⁵⁾。例えば、上司が行政庁（処分庁）に当たる場合があるというのは、行政庁の代表例として、主務大臣等を思い浮かべるであろう一般の常識には沿わないものかもしれない。しかし、上司に職務命令発出権限があることを忘れてはならず、行政庁に該当する場合はないということには無理がある。また、上司の発出した職務命令が処分に当たる場合があるというのは、処分の代表例として、私人（外部法関係）に対する許

認可等を思い浮かべるであろう一般の常識には沿わないものかもしれない。しかし、公務員は、私人（外部法関係）と同様に、行政主体とは独立した人格を有することから、その法効果は、行政主体と職務命令を受けた公務員に及ぶのであり、処分に当たる場合はないとすることには無理がある。

筆者は、すべてではないにしても、職務命令が処分に当たる場合があると考え。そこで、以下では、職務命令プロパーが処分に当たる場合を取り上げて、議論を進めていくこととする。

最高裁判所平成3年4月26日第二小法廷判決（裁判集民事162号785頁）（懲戒処分等取消・研修命令取消請求事件）は、「上告人に対する本件担任解除命令は抗告訴訟の対象となる行政処分には該当せず」と判示している。この判示は、控訴審の広島高等裁判所平成2年9月13日判決（行集41巻9号1456頁）の「被控訴人校長の行為は、特定の学級の担任を解くという校長の職務命令であって、学教法、地公法等によって規定されている控訴人の教諭としての地位や給与その他その法的地位又は利益に対して何らの変更を生ぜしめるものではないというべきである。そうだとすると、本件担任解除命令は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないというべきである」との判断を是認したものであり、およそ職務命令の処分性を一律に否定したものと解されない⁽⁶⁾。控訴審判決にあるように、職務命令が、公務員の「法的地位又は利益に対して何らかの変更を生ぜしめる」ものであれば、処分性が肯定される場合があると

(5) 例えば中村博「改訂 国家公務員法」（1986年 第一法規）は、職務命令の処分性を肯定する（544頁参照）。阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ—実効的な行政救済の法システム創造の法理論—」（2009年 有斐閣）は、職務命令の処分性を肯定するものと解される（99頁参照）。他方、例えば山下義昭「公務員法上の「不利益処分」をめぐる若干の問題点について（1）—地方公務員法49条の解釈を中心として—」福岡大学法学論叢51巻3・4号（2007年）は、理論上、職務命令の処分性を否定する（181頁以下参照）けれども、疑問である。

理解すべきであろう。

イ 職務命令についての取消訴訟の排他的管轄（公定力）あるいは遮断力の働く範囲

職務命令が処分に該当し、職務命令そのものの取消しの訴えを提起して、職務命令の内容の違法性を主張できる場合において、懲戒処分に対する抗告訴訟において、職務命令の内容の違法性を主張できるかどうかは、別途の検討が必要である。

藤田宙靖博士は、職務命令に対する抗告訴訟を認めることは「理論的には不可能ではないように思われる」⁽⁷⁾と述べるにとどまる。塩野宏博士も、「チェックの方法として普通には、職務命令不服従による懲戒処分に対する抗告訴訟における違法の抗弁が考えられるが、直接その職務命令に対して何らかの抗告訴訟を提起することも考えられる」と述べた上で、「もっとも、もし職務命令処分の取消訴訟が認められると、職務命令処分についての取消訴訟の排他的管轄（公定力）が生ずることになり、かえって、違法の抗弁の道を閉ざすことになるおそれがある」⁽⁸⁾と懸念を示している。

職務命令の段階では取消しの訴えを提起できない場合には、懲戒処分の段階では、当然、抗告訴訟を提起して、職務命令の内容の違法性を主張することが認められる。しかし、職務命令の段階で出訴できる場合には、塩野宏博士が懸念を示されるような、その服従義務の違反を理由とする懲戒処分に対する抗告訴訟において、その段階での職務命令の内容が違法であるとの主張については、職務

命令が無効とされる、ないしは職務命令の違法性が懲戒処分に承継されると解しない限り、職務命令についての公定力の働く範囲が問題になる。職務命令と懲戒処分の関係については、むしろ公定力を含めてより広く、遮断力の働く範囲という言い方の方が良いかもしれない。このため、懲戒処分の段階で争おうとすると、取消しの訴えであれ、差止めの訴えであれ、同じように問題になることから、避けて通れないにもかかわらず、議論がされていない。

筆者は、この遮断力の働く範囲の問題の出発点として、次のような判断の枠組みを設定することを考える。例えば課税処分と滞納処分のような、二つの法律関係が法律上、連続している（連続を予定している）場合には、後行の滞納処分の段階で先行の課税処分の違法性を主張できるとすると、実質的に課税処分の効力を争うことと同じになり、紛争の蒸し返しになるので、当該主張を遮断すべきであるということになる。

しかし、二つの法律関係が法律上、連続していない（必ずしも連続を予定していない）場合であって、被処分者からみて、先行処分の効力を争わずに後行処分の効力を否定してもらうことで足りるときがある。この場合には、後行処分の段階で先行処分の違法性を主張することを認めても、先行処分の効力と当該主張とは衝突しないので、当該主張を遮断すべきとまではいえないことにならないだろうか。先行処分と後行処分は、別々の法律関係の下にあるから、実質的にも先行処分の

(6) 宇賀克也「行政法概説Ⅲ（行政組織法・公務員法・公物法）（第4版）」（2015年 有斐閣）は、第1審の広島地方裁判所昭和61年11月19日判決（行集37巻10・11号1336頁）について、「職員の地位ないし権利関係に変動をもたらす職務命令であれば、その処分性を肯定し、取消訴訟で争うことを認める趣旨と考えられる」と述べる（465頁以下参照）。

(7) 藤田宙靖・前掲注（3）書（行政組織法）305頁以下参照。

(8) 塩野宏・前掲注（3）書316頁以下参照。

効力を争うこととは同じとはいえず、必ずしも紛争の蒸し返しにはならないからである。要すれば、後行処分の段階での先行処分の違法性の主張を、遮断すべきかどうかは、法律上、法律関係の連続性（連続予定性）の有無（いわば紛争の蒸し返しの有無）について、個別法ごとの法律関係に即して判断すべきではないだろうか。

その上で、職務命令と懲戒処分の二つの法律関係について話を戻すと、仮に同一の行政機関（職）であったとしても、上司たる地位と職務命令服従義務を賦課させられる公務員の間に生ずる法律関係と、任命権者たる地位と当該公務員の間に生ずる法律関係とは、切り離して考察する必要がある。

二つの法律関係を切り離すとき、上司たる地位に基づく職務命令に対して、公務員の服従義務違反があったとしても、任命権者たる地位に基づき、改めて職務命令の内容の適法性を含めて法律関係を調査し、懲戒処分の可否の要件事実として認定することにより⁽⁹⁾、任命権者と当該公務員の間の法律関係が形成されていくものとして、把握できると考える。この調査の結果、任命権者の地位において、職務命令の内容が違法であると事実認定されると、懲戒処分は行われないことになる。したがって、先行の上司たる地位に基づく職務命令の服従義務違反があれば、当該職務命令の内容の適法違法を問わないで、直ちに後行の任命権者たる地位に基づいて懲戒処分が行

われるということはないのであって、法律上、二つの法律関係が連続している（連続を予定している）とはいいい得ないのではないだろうか。

このように法律上、法律関係の連続性（連続予定性）があるとはいいい得ないとしても、職務命令を受けた公務員は、職務命令が公定力をもつことから、任命権者に対して、違法な内容の職務命令であると主張して、その効力を否認することまではできない。仮に職務命令の内容が違法であっても、当該職務命令が上司の職権により取り消されない限り、服従義務があるものとして取り扱われるからである。しかし、懲戒処分との関係において、違法な内容の職務命令であるにもかかわらず、適法であると事実認定を行ったものであり、誤った事実認定に基づく懲戒処分は違法であるとして、当該懲戒処分の効力を否認する主張をすることは許されると考える。公定力は、処分の効力を有効と取り扱うにしても、違法な処分を適法と取り扱うものではない。したがって、違法な内容の職務命令では、それに対する服従義務に違反している事実があるとしても、公定力をもち効力を有するという理由だけでは、懲戒処分の要件事実の該当性を基礎づけられないからである⁽¹⁰⁾。

例えば公務員が職務命令服従義務の履行を断固として拒否しているケース、職務命令に対して公務員の一時的な服従義務違反があったとしても、現在は服従義務を履行してい

(9) 吉野弦太「懲戒処分における事実調査に関する実務上の問題点」季刊公務員関係判例研究141号（2008年三協法規）は、懲戒処分の適法性は、懲戒権限の行使に裁量権の逸脱・濫用があるかどうかで判断されるとした上で、その判断は、個別事案ごとに証拠に基づき事実を確認した上で行われるとする（1頁参照）。

(10) 最高裁判所平成19年2月27日第三小法廷判決（民集61巻1号291頁）（君が代ピアノ伴奏職務命令戒告処分事件）は、校長が音楽専科の教諭に対し入学式における君が代の伴奏を行うよう命じた職務命令が地方公務員法49条1項の定める「その意に反すると認める不利益な処分」に当たるかどうかについては触れていないけれども、教諭が従わなかった職務命令が憲法19条に反するかどうかの審査を行っており、本文で述べる判断の枠組みとなっている。本文でも取り上げている最高裁判所平成3年4月26日第二小法廷判決（裁判集民事162号785頁）も参照。

る、または職務命令が実効性を喪失しているケース等では、実際にも職務命令の効力を争う必要がないのである。このようなケースでは、職務命令の内容の違法性を主張して、懲戒処分 of 効力を否認してもらうことで足りるのである。

また、上司は、法律上、相手方たる公務員に対して、その職務命令発出権限を行使することが認められているにしても、任命権者に対して、当該権限行使の適法性の存否に関する判断まで拘束できない。反対に、相手方たる公務員の方でも、職務命令の内容の違法性が懲戒処分に承継されて、懲戒処分も直ちに違法性を帯びると主張することも難しいように思われる。

職務命令が処分に該当する場合について、遮断力の働く範囲を限定する整理が成立し得るならば、職務命令を受けた公務員は、職務命令と懲戒処分のどちらの段階においても、職務命令の違法性を主張できるものとする。

(2) 訓令・通達

ア 訓令・通達の拘束力と職務命令としての法効果の関係

国家行政組織法は、「各省大臣、各委員会及び各庁の長官は、その機関の所掌事務について、命令又は示達するため、所管の諸機関及び職員に対し、訓令又は通達を発することができる。」(14条2項)と定める。内閣府設置法7条6項と58条7項にも、同様の規定が

定められている。

訓令・通達⁽¹¹⁾は、行政組織法上の指揮監督権限の行使として、行政機関(行政組織)及びその長に限らず、上級機関(職)から下級機関(職)に対して発出されるものであり、公務員に対して発出されるものではない。訓令・通達は、公務員に対する上司の命令である職務命令(国家公務員法98条1項)とは、区別されなければならない。しかし、訓令・通達は、常に公務員に対する職務命令としての性質をもつとされる⁽¹²⁾。すなわち、訓令・通達は、下級機関(職)に対して拘束力を有するだけでなく、職務命令としての性質において、当該公務員に対しても職務命令服従義務を賦課するとされる。訓令・通達の発出先が所管の諸機関及び職員とされているのは、このことを前提としているものとされている⁽¹³⁾。

法令は、行政主体(国・地方公共団体等)に対して法効果が有るだけでなく、私人(外部法関係)に対しても法効果が及ぶ。また、上級機関(職)から下級機関(職)まで、全ての行政機関(職)に対しても拘束力を有する。

ところが、訓令・通達は、私人(外部法関係)に対して拘束力が及ばない(法令と訓令・通達の相対化現象が盛んに議論されているけれども、本稿では取り上げない)ので、私人(外部法関係)は訓令・通達の内容に従う必要はない。このため、例えば訓令・通達に基づき許認可等が拒否された場合には、私人(外部法関係)は当該処分を争い、その根

(11) 訓令・通達については、平岡久「訓令・通達」(同「行政立法と行政基準」(1995年 有斐閣)所収143頁以下(初出1985年)参照)が詳細に整理する。

(12) 例えば新村成和「職務命令と服従義務」(同「人権叢書」(1980年 有斐閣)所収114頁(初出1974年))、佐藤功「行政組織法(新版・増補)」(1995年 有斐閣)246頁、芝池義一「行政法総論講義(第4版補訂版)」(2006年 有斐閣)99頁、田中二郎・前掲注(3)書37頁参照。なお、藤田宙靖博士は、理論必然的に正しい命題である訳ではなく、国家公務員法の規定によっているのであり、したがって実定法の定め方如何によっては異なる事態も生じ得ると主張される(前掲注(3)書(行政組織法)304頁参照、詳細に説明するものとして、前掲注(3)書(公務員法の位置づけ)49頁以下参照)。

(13) 佐藤功・前掲注(12)書246頁参照。

拠として違法な内容の訓令・通達であると主張することができる。

しかし、訓令・通達は、下級機関（職）に対して拘束力を有する（訓令・通達を発出した上級機関（職）自らも自己拘束されるかどうかは、別の議論としてあり得るけれども、本稿では論じない）し、当該公務員に対して、職務命令としての法効果（職務命令服従義務）を及ぼす。したがって、訓令・通達が有する下級機関（職）に対する拘束力の範囲と、当該公務員に対する職務命令としての法効果（職務命令服従義務）の範囲とは、一致することになる。このため、訓令・通達の下級機関（職）に対して拘束力を有しないとなれば、当該公務員に対して、職務命令としての法効果も賦課させられないことになる。

イ 違法な瑕疵のある内容の訓令・通達の取扱い

訓令・通達の代表例として、法令の解釈基準も挙げられる。下級機関（職）は、訓令・通達により示された法令の解釈基準に拘束されるし、裁判所の判決によって覆されない限り、当該基準が法令の解釈として事実上の通用力をもつことになる。また、訓令・通達の下級機関（職）を占める公務員に対して、職務命令としての法効果（職務命令服従義務）を及ぼすことから、公務員は、その職務の一つとして、訓令・通達に従い、その職務を遂行しなければならないことになる。すなわち、法令の解釈基準に従って法令が適用される限りにおいて、下級機関（職）を占める公務員は、職務命令服従義務を履行していることになる。

しかし、裁判所の判決によって覆されていないにせよ、法令の解釈基準が本当に適法か

どうかは別である。訓令・通達の内容の適法性の存否は、裁判所の判決が示されない段階においては、上級機関（職）と下級機関（職）を占める公務員の見解の対立に過ぎず、最終的な判断が下せないことになる。それでは、裁判所の判決が示されない段階において、下級機関（職）を占める公務員は、いかに法令の解釈基準が違法であると判断しても、上級機関（職）との関係で訓令・通達の内容に従って、その職務を遂行しなければならないのか。それとも、法令の解釈基準が違法であると主張して、訓令・通達の内容に従うことを拒否できるのか。

藤田宙靖博士は、下級機関（職）を占める公務員が、職務命令服従義務の違反を理由とする懲戒処分を受けることがないように、訓令・通達に対して出訴することを認めることは、実質上、機関訴訟を認めることと同じであり、そのような見地からして許されないということになろうと述べる⁽¹⁴⁾。筆者は、前記（1）イにおいて、訓令・通達には当たらない職務命令プロパーについて、直接に出訴できる場合があると述べたけれども、訓令・通達と職務命令プロパーでは異なることになる。また、訓令・通達の段階では取消しの訴えを提起できないのであるから、懲戒処分の段階では、当然、抗告訴訟を提起して、訓令・通達の内容の違法性を主張することが認められる。

したがって、この問題は、一般化すると、訓令・通達の内容に従わなかった結果、職務命令服従義務の違反を理由とする懲戒処分に対して、訓令・通達の内容が違法であると主張して、当該処分を取消しの訴え（不服申立て前置）で争うことができるかということになる。懲戒処分を受けるおそれがあるとし

(14) 藤田宙靖・前掲注（3）書（行政組織法）305頁参照。宇賀克也・前掲注（6）書465頁、塩野宏・前掲注（3）書40頁、芝池義一・前掲注（12）書100頁も同旨。

て、当該処分の差止めの訴えを求められるかということにもなろう。前記（１）イで取り上げた職務命令プロパーと異なり、訓令・通達を直接に争うことができないので、懲戒処分の差止めの訴えはより有用である。

従来の諸学説⁽¹⁵⁾はともあれ、現在では、今村成和博士の指摘を受けて、訓令・通達とそれには当たらない職務命令プロパーを区別して、後者の職務命令プロパーについては、「重大かつ明白な違法の瑕疵」の存否だけでなく「明白な違法の瑕疵」の存否も問わずに、職務命令の「違法の瑕疵」を主張できるという考え方⁽¹⁶⁾が有力になっている。前記（１）イでは、職務命令プロパーが違法となる瑕疵の程度は取り上げなかったけれども、公務員が行政主体（国・地方公共団体等）とは独立した人格をもっており、このため職務命令服従義務を賦課していることから、職務命令プロパーに関する限り、筆者も支持する。

そこで、公務員が独立した人格をもっているにしても、前者の訓令・通達について、下級機関（職）に対して拘束力を有する結果、当該公務員に対して職務命令としての法効果を及ぼすとして、このような訓令・通達のもつ職務命令服従義務を否認できるか、否認できるのはどのような場合であるかが、焦点になる。

最初に、行政組織法上の命令たる訓令・通達のもつ命令の内容と、公務員法上の命令たる職務命令のもつ命令の内容に差異があり、先に述べたとおり両者を区別する必要があることを指摘された今村成和博士は、次のように整理している⁽¹⁷⁾。

- ① 訓令・通達は、下級機関（職）を占める公務員にとっては、職務命令としての性質をもつけれども、訓令・通達の内容が違法であることは、違法な行政権限の行使を下級機関（職）に命令する場合を指

(15) 田中二郎博士は、「公務員関係の秩序を維持するうえからいって、職務上の上司の発した職務命令は、一応、適法な命令としての推定のもとに、受命公務員を拘束する力を有するものと解すべきである。しかし、職務命令に重大かつ明白な瑕疵が存在する場合には、その職務命令は無効と解するほかはなく、受命公務員は、自ら職務命令の無効の判断をすることができ、これに服することを要しないのみならず、これに服してはならない。したがって、若し、これに服したときは、その結果について、自ら責を負わなければならないものと解すべきであろう」（前掲注（３）書257頁参照）とされる。逐条解説書にも田中二郎博士の見解に従っているものがみられる。鹿兒島重治・森園幸男・北村勇編「逐条 国家公務員法」（1988年 学陽書房）（鈴木伸一執筆）817頁、園部逸夫監修・栗田久喜・柳克樹編「注解法律学全集5 国家公務員法・地方公務員法」（1997年 青林書院）（石川良二執筆）250頁参照。また、判例も、田中二郎博士の見解と同旨のものとして、東京高等裁判所昭和49年5月8日判決（行集25巻5号373頁）、その上告を棄却した最高裁判所昭和53年11月14日第三小法廷判決（裁判集民事125号565頁）（勤評拒否懲戒免職処分事件）。

なお、最高裁判所平成15年1月17日第二小法廷判決（民集57巻1号1頁）（県議会野球大会旅費等返還請求事件）について、塩野宏・前掲注（３）書は、違法の抗弁の問題ではなく、違法な職務命令に従ったことを要件とする法効果を問題としているので、重大かつ明白な瑕疵の要件が、違法の抗弁の要件一般に及ぶものではないと解されると述べる（318頁以下参照）。宇賀克也・前掲注（６）書465頁も同旨。

従来の学説の流れの紹介は省略するけれども、上記の田中二郎博士の見解を含めて詳細に説明するものとして、今村成和・前掲注（12）書101頁以下参照。その後の学説の展開を含めて要領よくまとめて現在の学説の全体像が分かるものとして、村上博・前掲注（４）書194頁以下参照。村上博教授の整理に従えば、現在、①訓令・通達と職務命令プロパーを区別する説、両者を区別しない説として、②違法内容区別説、③重大かつ明白な瑕疵説、④明白な瑕疵説、⑤違法説が主張されていると説明する。

(16) 今村成和・前掲注（12）書114頁以下参照。宇賀克也・前掲注（６）書61・465頁、塩野宏・前掲注（３）書315頁以下も同旨。阿部泰隆・前掲注（５）書99頁も同旨と解される。

し、当然に公務員に対する権利侵害を意味するものではないから、その限りにおいて違法な職務命令とはいえない⁽¹⁸⁾。

- ② 違法な職務命令に該当しない場合には、公務員には、これに対応すべき権利がないから、公務員は、行政の統一性保持の必要から、原則として、上級機関（職）の訓令・通達に従うべきである。
- ③ しかし、公務員は、独立した人格として公務に従事する者であるから、訓令・通達に対する盲目的服従が求められるものではなく、また、法令遵守義務を免れることができない以上、盲目的服従をしてはならない。訓令・通達の内容に基づいて処分を行うことが明白に違法である場合、又はそれによって重大な権利侵害を生ずる場合には、公務員には、訓令・通達に対する服従義務を強要することはできない。すなわち、公務員には、その限りにおいて、訓令・通達に対する審査権が認められる。

今村成和博士に代表される現在の有力説は、原則として公務員の権利義務に関係しな

いので、違法な内容の訓令・通達であっても服従義務を賦課させられるとしながらも、例外的に法令遵守義務との関係で、違法な内容の訓令・通達に対する服従義務から解放されると説明される。しかしながら、職務命令服従義務と法令遵守義務との関係が、必ずしも首尾一貫していないように思われる。

藤田宙靖博士が指摘されるように、国家公務員法98条1項にある法令遵守義務の「法令」とは、およそ法令一般を指すものの前提に立つ限り⁽¹⁹⁾、下級機関（職）が訓令・通達の内容に従っていて、その限りで当該公務員が職務命令服従義務を履行しているとしても、必ずしも法令遵守義務を履行しているとはいえない。すなわち、公務員は訓令・通達の内容に従って職務を遂行することになるから、法令遵守義務は訓令・通達の内容にも当然のことながら及ぶ。そして、法令遵守義務は公務員の服務とされていて、当該義務を履行しないと、いくら訓令・通達の内容に従って職務を遂行していても、懲戒処分を受けるおそれがある⁽²⁰⁾。

したがって、藤田宙靖博士が指摘されるよ

- (17) 今村成和・前掲注（12）書127頁以下参照。今村成和博士は、本文のように、①処分を行うことが明白に違法である場合、②それによって重大な権利侵害を生ずる場合の二つの場合を挙げるけれども、後者の②の場合の具体例を掲げていないこともあり、どのような場合を想定しているのかが明らかではない。前者の①の場合に限定する見解も有力であり、実際には余り差異がないように思われる。前者の①の場合に限定する論者として、例えば宇賀克也・前掲注（6）書61頁、遠藤博也「行政法スケッチ」（1987年 有斐閣）7頁参照。なお、今村成和（畠山武道補訂）・前掲注（3）書では、違法の瑕疵の程度に触れていない（43頁以下参照）。
- (18) 最高裁判所昭和47年11月30日第一小法廷判決（民集26巻9号1746頁）（勤務評定実施要領等の義務不存在確認請求事件）では、上告人公務員の方から訓令・通達の内容が違法であるとして、当該公務員に対する権利利益を侵害するものであるという主張がされている。今村成和博士の整理は、すべてのケースに当てはまるものではない。なお、本件事件は、職務命令服従義務の違反を理由とする懲戒処分を受けることがないよう、実質的には訓令・通達に対して出訴しているものと認められることから、出訴が許されるのかどうかについて検討を要するものと考えられる。
- (19) 藤田宙靖・前掲注（3）書（行政組織法）304頁参照。中村博・前掲注（5）書は、国家公務員法98条1項の「法令」とは、その職員の職務遂行に係る法令と限定解釈しているけれども（542頁参照）、およそ職務遂行に係らない法令が、法令遵守義務との関係で問題になることは想定できないので、藤田宙靖博士の見解と実際には余り差異がないように思われる。

うに、下級機関（職）に対する訓令・通達の違法性の範囲と、当該下級機関（職）を占める公務員に対する職務命令の違法性の範囲とは同一であって⁽²¹⁾、およそ公務員を職務命令服従義務から解放できない違法な瑕疵のある内容の訓令・通達というものは、法令遵守義務との関係では想定できないと思われる。法令遵守義務は、違法な瑕疵のある訓令・通達の内容に従って職務を遂行する必要はないという意味において、職務命令服従義務に優越するのである。このような首尾一貫した整理により、法令遵守義務と職務命令服従義務との衝突も回避されることになる。

職務命令プロパーが処分に該当する場合においては、違法であっても、無効になる場合を除いて、取り消されるまでは有効なものと取り扱う取消訴訟の排他的管轄（公定力）が働く。しかし、訓令・通達においては、行政機関（行政組織）内部の法律関係に過ぎないから、公定力が働かない。そこで、訓令・通達の内容が違法であるだけでは不十分に、今村成和博士が主張されるように「訓令・通達に基づいて処分を行うことが明白に違法であ

る場合、又はそれによって重大な権利侵害を生ずる場合」でない限り、それに職務命令としての法効果（職務命令服従義務）をもたせるといふ、実定法上の裏付けに乏しい主張をすることには疑問がある。

筆者は、違法な瑕疵のある内容の訓令・通達であれば、「法律による行政の原理」中の「法律の優位の原則」により⁽²²⁾、下級機関（職）に対して拘束力を有さないものであり、当該公務員に対して、職務命令としての法効果を及ぼさないものと考ええる。なお、行政主体ではない上級行政機関（職）と下級行政機関（職）の相互間であることから、拘束力は、その有効・無効という法的効力を論ずる意味はあっても、権利義務の帰属という法効果を論ずる意味はないと考える。

山内一夫博士は、公務員は客観的に違法な訓令・通達に服従する義務はなく、懲戒処分の要件事実の該当性が否定されるとの見解を既に提示されたところである。その見解の論拠が十分に整理されていなかったために、学説として受け入れられるに至っていないけれども、後記（3）に入る前の、ここまでの結

(20) 藤田宙靖博士は、「法令違反をしたことが、公務員法上の懲戒の対象となり得るものとされているとすれば、それはすなわち、法令遵守義務が、……公務員法上の一つの義務として性格付けられていることに他ならない」（前掲注（3）書（公務員法の位置づけ）55頁参照）とされる。

(21) 藤田宙靖・前掲注（3）書（行政組織法）303頁以下参照。

(22) 筆者は、伝統的な行政法学とは異なり、「法律による行政の原理」について、「法律の留保の原則」は文字どおり留保するけれども、「法律の優位の原則」は行政組織法にも適用し得ると考える。この点につき、藤田宙靖・前掲注（3）書（行政組織法）は、「法律の優位の原則」と同様の法原理が、行政組織法にも妥当すると整理する（58頁参照）。

また、鹿児島重治・森園幸男・北村勇編・前掲注（15）書（鈴木伸一執筆）は、国家公務員法98条1項の趣旨について、「職務の執行方法については、直接法令で規定されている場合もあるが、一般に法令は、基準ないしは原則のみを定めているものが多く、その具体的な執行は権限ある機関の判断に基づいてなされることが原則である。そしてその判断を所属の職員に対して正式に指示する方法が職務命令である。したがって法治主義を実現するためには法令に従う義務のほか、法令を具体化する上司の職務上の命令に従う義務が必要であり、この二つの義務が本条第1項であわせて規定されているのである」（807頁参照）と述べて、法律による行政の原理（法治主義）の実現に求めている。この指摘は、正鵠を射ているけれども、訓令・通達と職務命令の区別が意識されていないこと、結論としては前掲注（15）にもあるように田中二郎博士の見解に従っていることが惜しまれる。

論部分に関する限り、筆者も支持する⁽²³⁾。

ウ 「明白な違法」説の問題点

国家公務員法98条1項の解釈として、法令遵守義務を職務命令服従義務に優越させることについて、宇賀克也教授は、「行政組織の階層性原理……の要請を過度に軽視するもの」⁽²⁴⁾として、批判される。しかし、下級機関（職）を占める公務員は、訓令・通達の内容に違法な瑕疵があると認識している、つまり法令遵守義務の違反を認識しているのである。当該公務員に対して、国家公務員法上、法令遵守義務の違反を理由として、懲戒処分を受けることはないとの保障を与えられない以上、行政組織の階層性原理（行政の統一性保持）の要請を持ち出しても、対抗できないものとする。

他方で、今村成和博士が主張されるように「訓令・通達に基づいて処分を行うことが明白に違法である場合、又はそれによって重大な権利侵害を生ずる場合」以外には、下級機関（職）を占める公務員は、訓令・通達の内容に従って職務を遂行しなければならないとすると、上記以外の訓令・通達の内容が違法というだけの場合には、当該公務員は、訓令・通達の内容に従って職務を遂行しないと、職務命令服従義務の違反になり、場合によっては懲戒処分を甘受しなければならないのであろうか。さらに、裁判所も、訓令・通

達の内容に違法な瑕疵があると事実認定しても、それが明白な違法である場合等でない限り、当該公務員の主張には耳を傾けてはならず、職務命令服従義務の違反であり、懲戒処分は適法であると判断しなければならないのであろうか⁽²⁵⁾。

筆者は、行政組織の階層性原理（行政の統一性保持）そのものを否定するものではない。下級機関（職）を占める公務員が、適法な訓令・通達に服従しなければならない限りにおいて、行政組織の階層性原理（行政の統一性保持）が認められる。したがって、懲戒処分は、適法な訓令・通達の実効性を確保する機能を発揮することで足りると考える。

（3）これまでの諸学説の問題点

下級機関（職）を占める公務員が、違法な瑕疵のある訓令・通達の内容に従って職務を遂行した場面について、懲戒処分との関係をどう考えたらよいか。職務命令服従義務を履行しても、必ずしも法令遵守義務を履行したことにはならないのであるから、法令遵守義務を優先する考え方を採ると、今村成和博士に代表される現在の有力説とは反対に、このような場面における考え方の整理が難しくなる。このような場面について、筆者は、以下のように整理できると考える。

例えば違法が明白な瑕疵のある訓令・通達

(23) 山内一夫博士は、「訓令と通達」において、「訓令は、要するに、すべての要件—形式的要件であろうと実質的要件であろうと—について客観的に適法であることを要し、下級行政機関は、客観的に違法な訓令に服従する義務はな」とし、また、「職務命令の「公定力」批判」において、公定力を否認した上で、「公務員は、客観的に違法な職務命令に服従する義務はな」と述べて、訓令・通達で述べることは職務命令プロパーにも当てはまるとする（同「新行政法論考」（1979年 成文堂）所収152頁以下・166頁以下参照（初出1965年・1973年））。なお、筆者は、下級行政機関は行政主体ではないので、正確には服従義務ではなく拘束力がないと解する。また、適法性は法令の規定に従って客観的に判断されると解するので、客観的かどうかは特に明示不要と考える。藤田宙靖・前掲注（3）書（行政組織法）303頁以下も、結論部分に関する限り、同旨と解される。

(24) 宇賀克也・前掲注（6）書61頁参照。塩野宏・前掲注（3）書316頁も同旨。

(25) 高田敏「職務命令と服従義務」成田頼明編「行政法の争点（新版）」（1990年 有斐閣）133頁参照。

の内容に基づいて、重大かつ明白な瑕疵があり無効とされる処分を行った場合については、裁判所の判決を待たずとも、訓令・通達の拘束力が否定されて、訓令・通達の内容に対する服従が求められるものではない。法令遵守義務との関係で、違法が明白な瑕疵のある訓令・通達の内容を是正するよう、意見を申し述べることに気がつくべきであったといえる。

この場合には、下級機関（職）を占める公務員は、訓令・通達の内容に違法が明白な瑕疵があるとの判断が求められるし、重大かつ明白な瑕疵があるような処分を行ったことから、当該公務員の非難可能性が強く認められて、当該公務員の法令遵守義務の違反を理由とする懲戒処分が、前面に出て来ることになるように思われる。なお、違法が明白な瑕疵のある訓令・通達を発出した上級機関（職）を占める公務員も、同程度の非難可能性が認められて、懲戒処分に問われ得ることになる。

次に、例えば違法な瑕疵のある訓令・通達の内容に基づき、処分に違法な瑕疵があり取り消されるような場合については、裁判所の判決によって覆されるまでは、私人（外部法関係）に対して、公定力をもって法効果が及ぶことになる。しかし、適法な訓令・通達は下級機関（職）に対して拘束力を有するにしても、違法な瑕疵のある訓令・通達は拘束力を有さず、下級機関（職）を占める公務員にも職務命令服従義務を賦課させられないから、その服従は求められるものではないし、法令遵守義務との関係から、それに服従してはならないことになるはずである。

そうとはいえ、この場合には、そもそも訓令・通達の内容の違法性がはっきりしないことが多々ある。仮に訓令・通達の内容に違法な瑕疵があっても、その違法性がはっきりしない段階では、下級機関（職）が訓令・通達に従い、当該公務員が職務命令と同様に服従

したとしても、法令遵守義務の違反を認識していたという特別の事情が認められなければ、法令遵守義務の違反を理由として、懲戒処分を行うことを認めることは困難であるように思われる。

行政機関の長は、内閣総理大臣（内閣府設置法6条1項）、各省大臣（国家行政組織法3条3項・5条1項）、各外局の長（内閣府設置法49条1項・50条、国家行政組織法3条3項・6条）等とされている。他方で任命権者は、各大臣（内閣総理大臣及び各省大臣）、各外局の長等とされていて（国家公務員法55条1項）、両者は連結されている。

そうすると、そもそも行政機関（行政組織）の長は、違法な瑕疵のある訓令・通達の内容を是正する最終的な権限を有するのであるから、当該権限を行使して、適法な内容に是正すべき責務を負っている。然るに、一方で当該権限を行使する責務を履行しないにおいて、他方で任命権者としての地位において、下級機関（職）を占める公務員に対して懲戒処分を行うことは、懲戒権限の行使における裁量権の逸脱になり、認めることは困難であると考ええる。行政機関（行政組織）の長にも、下級機関（職）と少なくとも同程度の責務の不履行が認められるのである。

したがって、個別事例ごとに判断する必要はあるけれども、一般論としていえば、この場合においても、法令遵守義務の違反が認められ、当該公務員の非難可能性がないとはいえないとして、懲戒処分の要件事実の該当性が認定され得るとしても、懲戒処分の裁量権の適法性を基礎づけられず、当該処分を維持することは困難であると考ええる。

なお、下級機関（職）を占める公務員が、法令遵守義務の違反を認識していたという特別の事情が認められる場合には、法令遵守義務との関係で、違法な瑕疵のある訓令・通達

の内容を是正するよう、意見を申し述べるべきであったといえる。意見の申述による是正の可能性があったとすれば、当該公務員の非難可能性が強く認められて、懲戒処分を受ける可能性も否定できないものと考ええる。

上記の事例でもって懲戒処分の裁量権の適法性を上げるとき、今村成和博士が主張する「訓令・通達に基づいて処分を行うことが明白に違法である場合、又はそれによって重大な権利侵害を生ずる場合」を除いて、職務命令服従義務から解放させないことの検討の不十分性は、明らかであろう。

行政機関（行政組織）の長は、まずは上級機関（職）と下級機関（職）の間で、訓令・通達の内容の適法性に疑義が生じた時点で、適法な内容に是正する機会を有しているだけでなく、さらに任命権者の地位において、下級機関（職）を占める公務員に対して懲戒処分を行う時点で、訓令・通達の内容が、適法なものかどうかを事実認定する機会を有しているからである。前記（２）イの事例では、既に下級機関（職）を占める公務員との間で紛争が生じていて、訓令・通達の内容を是正する機会が顕在化しているのに対して、上記の事例では、未だ当該公務員との間で紛争が生じておらず、訓令・通達の内容を是正する機会が潜在化しているに過ぎない。行政機関

（行政組織）の長の責務の不履行の程度を考慮すると、懲戒処分の裁量権の適法性について、前記（２）イの事例は、上記の事例よりも一層正当化が困難であろう。

筆者は、先に紹介した山内一夫博士を含めて、これまでの諸学説の問題点は、共通していると考ええる。第一に、前記（１）イで取り上げた職務命令プロパーと同様、訓令・通達に関する法律関係と懲戒処分に関する法律関係の二つの法律関係が、連続している（連続が予定されている）と暗黙裡の前提を置いたことにある。第二に、訓令・通達の違法性の範囲と公務員の非難可能性の範囲を争点にしている、懲戒処分の裁量権の適法性の範囲に関心を向けていなかったことにある。すなわち、「公務員の職務の遂行における法令遵守義務又は職務命令服従義務の違反の成立」+「公務員の非難可能性の成立」=「懲戒処分の成立」との図式で考えてきたところに問題があったと考える⁽²⁶⁾。

筆者は、二つの法律関係が、連続していない（連続が予定されていない）と理解し、訓令・通達の違法性を職務命令プロパーの違法性と同一と解する。そのうえで、懲戒処分の要件事実の該当性のところで、その存否について認定を行った後に、懲戒処分の裁量権の適法性のところで、問題場面ごとに調整すべ

(26) 高田敏・前掲注(25)書は、拒否しうる職務命令の違法性の範囲と、拒否しなければならない違法性の範囲は、異なるべきであって、前者が違法性一般であるのに対して、後者は明白な違法性の場合に限定されるべきであろうと述べる。これは、筆者と同様に二つの問題場面を区別する趣旨であると思われる（132頁参照）。しかし、筆者は、本文でも述べるように、高田敏博士の見解とは異なり、違法性の範囲が異なるとは考えておらず、懲戒処分における公務員の非難可能性と裁量権の適法性の問題として考察している。また、山内一夫「訓令と通達」も、筆者と同様に二つの問題場面を区別した上で、瑕疵ある訓令に対し服従を拒否した公務員の懲戒責任と、瑕疵ある訓令に服従した公務員の懲戒責任とは別個に理解されるべきものであって、両者を混同して理解してはならないとして、前者の懲戒責任の判断基準に客観的な違法性、後者の懲戒責任の判断基準に主観的な期待可能性を挙げる（同・前掲注(23)書所収152頁以下参照）。これは、行為レベルで客観的な違法性、責任レベルで主観的な期待可能性により、判断すべきという趣旨であると思われる。しかし、筆者は、二つの問題場面を区別する必要はあるけれども、本文でも述べるとおり、別個の基準を持ち出すのではなく、共通する基準でもって、総合的に判断をすべきものと考ええる。

きであるとする。すなわち、懲戒処分要件事実の該当性として、法令遵守義務又は職務命令服従義務の違反、両義務の衝突、公務員の非難可能性の各要素の存否及び程度等について、懲戒処分の裁量権の適法性として、行政機関（行政組織）の長の訓令・通達のは正機会の存否及び是正可能性の程度等について、総合的に勘案して、懲戒処分の成立の可否を判断すべきであるとする⁽²⁷⁾。

また、現在の有力説は、訓令・通達の内容に従わなかった結果、職務命令服従義務の違反を理由とする懲戒処分に対して、訓令・通達の内容に違法な瑕疵があると主張して、当該処分の違法性を争えるのかという問題場面における処理の方向性について、取り上げている。しかし、筆者は、それだけではなく、違法な瑕疵のある訓令・通達の内容に従った結果、法令遵守義務の違反を理由とする懲戒処分に対して、違法な瑕疵のある訓令・通達のは正権限との関係で、当該処分の違法性を

争えるのかという問題場面における処理の方向性についても、取り上げるべきものではないかとする⁽²⁸⁾。二つの問題場面の区別を意識的に行って、考察していく必要があると考える。

最後に、現在の有力説は、最近の法令遵守（コンプライアンス）の重視の考え方にもそぐわないものになっているように思われる。最近の法令遵守の重視の考え方と平仄をそろえる方向に転換すべきであるとする。

3. 平成24年判決

平成24年判決の事案の概要は、以下のとおりである。東京都教育委員会の教育長は、平成15年10月23日付けで、都立学校の各校長宛てに、「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について（通達）」（以下「本件通達」という）を発した。本件通達は、入学式・卒業式等では教職員は国旗に向かっ

(27) 中村博「公務員懲戒法」（1970年 日本評論社）も、義務違反は懲戒の事由ではあるけれども、すべてを懲戒処分すべきものとはされていないので、義務違反に対して、公務秩序維持の観点から懲戒処分をもって問責すべきものかどうかは、懲戒権者の裁量に委ねられており、国家公務員法82条が、公務員の懲戒の事由に該当する場合において懲戒処分を「することができる」と規定するのはこの趣旨をいうものであるとする（12頁参照）。この点に争いはなく、塩野宏・前掲注3書は、懲戒処分に関しては、任命権者の裁量権は、効果裁量に限定され、要件の認定の裁量には及ばないとするのが判例とみられ、そこで裁量権の所在は懲戒をするかどうか、するとしてどの処分を選択するかにあるとする（335頁以下参照）。

(28) 名古屋高等裁判所平成23年11月10日判決（裁判所ウェブサイト）は、職務命令プロパーと解される上司の指示を受けて、県本庁各課所属の職員が保管していた裏金を職員組合に集約するよう、伝達行為を行った公務員に対する懲戒免職処分について、重きに過ぎ、社会通念上著しく妥当を欠いているとして、裁量権の逸脱・濫用を認めて、取り消した原審の岐阜地方裁判所平成23年2月24日判決（判例時報2122号133頁）を支持したものである。この判決の中で、「被控訴人の立場から見れば、本件指示につき疑義を提示したり、意見具申したり、これに従うことを拒否したり、あるいは、本件指示を契機として裏金の存在を公にし、又は公にすることを上司に進言するなど、控訴人の主張に係る適切な行動をとることは、心理的に極めて困難であったと推認されるところ、被控訴人が本件指示を受けた当時、控訴人において「県内部からの問題指摘を積極的に受け入れる仕組み」は構築されていなかったこと等が認められる」と判示している。これは、裁判所においても、現県知事の懲戒権限の行使に際して、前県知事の下における前県副知事以下による組織的な不正行為とはいえ、当該公務員が、本件指示の内容の決定者でなく、伝達者に過ぎない事情を無視できないことを示している。本判決の事例は、訓令・通達か職務命令プロパーか、違法か不正か、公務員に認識はあったかなかったか等において、本文で取り上げている事例とは異なるけれども、本文で述べるように、取り上げている事例が生じ得ることを示している。

て起立して国歌を斉唱すること、教職員が本件通達に沿った校長の職務命令に従わない場合には服務上の責任に問われることを周知すること等である。校長の職務命令（以下「本件職務命令」という）に従わなかった都立高校教職員が起立斉唱義務（ピアノ伴奏義務を含む）の義務不存在の確認請求と懲戒処分⁽²⁹⁾の差止め請求を提訴したものである。

平成24年判決の内容として、憲法19条の思想・信条の自由との関係など、他にも重要な論点があるけれども、今回の論考では、公務員の職務命令服従義務と法令遵守義務に関係する部分を取り上げる。平成24年判決の概要は、以下のとおりである⁽²⁹⁾。

- ① 個々の教職員との関係では、本件通達を踏まえた校長の裁量により本件職務命令が発せられ、さらに、その違反に対して都教委の裁量により懲戒処分がされた場合に、その時点で初めて教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼす行政処分がされるに至るものというべきであって、本件通達は、行政組織の内部における上級行政機関である都教委から関係下級行政機関である都立学校の各校長に対する示達ないし命令にとどまり、それ自体によって教職員個人の権利義務を直接形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものとはいえないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないというべきである。
- ② 本件職務命令も、教科とともに教育課程を構成する特別活動である都立学校の

儀式的行事における教育公務員としての職務の遂行の在り方に関する校長の上司としての職務上の指示を内容とするものであって、教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないと解される。

- ③ 差止めの訴えの訴訟要件としての「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要すると解するのが相当である。本件通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられ、その違反に対する懲戒処分が累積し加重され、おおむね4回で（他の懲戒処分歴があれば3回以内に）停職処分に至るものとされている。このように本件通達を踏まえて懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になるこ

(29) 平成24年判決の判例批評として、石崎誠也「懲戒処分差止訴訟と義務不存在確認訴訟」（宇賀克也・交告尚史・山本隆司編「行政判例百選Ⅱ（第6版）」（2012年）所収440頁以下）、橋本博之「行政処分差止訴訟及び義務不存在確認訴訟の適法性」ジュリスト1453号（2013年）51頁以下、野呂充「国歌斉唱等に係る懲戒処分差止訴訟等の適法性」民商法雑誌148巻1号（2013年）72頁以下、村上裕章「教職員国旗国歌訴訟（予防訴訟）」判例評論651号（2013年）2頁以下など参照。

とを考慮すると、本件通達を踏まえた本件職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるというべきである。

また、差止めの訴えの訴訟要件については、「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」ではないこと、すなわち補充性の要件を満たすことが必要であるとされている。上記において説示したところによれば、本件では懲戒処分の取消訴訟等及び執行停止との関係でも補充性の要件を欠くものではないと解される。

- ④ 本件通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられており、これに基づく公的義務の存在は、その違反及びその累積が懲戒処分の処分事由及び加重事由との評価を受けることに伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生し拡大する危険の観点からも、都立学校の教職員として在職中の上告人らの法的地位に現実の危険を及ぼすものということができる。このように本件通達を踏まえ

て処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大する危険が現に存在する状況の下では、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な争訟方法であるということができ、確認の利益を肯定することができるものというべきである。したがって、東京都に対する本件確認の訴えは、上記の趣旨における公法上の当事者訴訟としては、適法というべきである。

4. 平成24年判決を受けて

(1) 職務命令プロパーの処分性

訓令・通達について、通説は、上級行政機関（職）から下級行政機関（職）に向けて发出されるものであり、内部法関係（行政組織法）であって外部法関係（行政作用法）ではないから、行政処分には該当しないと解する。平成24年判決も、通説と同じ解釈に立つ⁽³⁰⁾。

また、訓令・通達には当たらない職務命令プロパーの行政処分の該当性について、学説は、ほとんど検討してこなかった。わずかに前記2（1）イで取り上げたように、藤田宙靖博士は、職務命令に対する抗告訴訟を認めることは「理論的には不可能ではないように

(30) 岩井伸晃・須賀康太郎「最高裁時の判例－最高裁平成24年2月9日第一小法廷判決」ジュリスト1452号（2013年）は、「通達の行政処分性に関しては、本判決の引用する最三小判昭和43・12・24民集22巻13号3147頁が原則としてこれを否定する判断を示しており、本判決もこの判例の判断枠組みに沿って本件通達の行政処分性を否定している」と述べる（102頁参照）。

思われる」と述べるにとどまる。塩野宏博士も、「チェックの方法として普通には、職務命令不服従による懲戒処分に対する抗告訴訟における違法の抗弁が考えられるが、直接その職務命令に対して何らかの抗告訴訟を提起することも考えられる」と述べた上で、「もっとも、もし職務命令処分の取消訴訟が認められると、職務命令処分についての取消訴訟の排他的管轄（公定力）が生ずることになり、かえって、違法の抗弁の道を閉ざすことになるおそれがある」と懸念を示している。訓令・通達には当たらない職務命令プロパーの行政処分該当性について、藤田宙靖博士は肯定的に解し、塩野宏博士は否定的に解して、学説は、従前、見解が割れていた。

平成24年判決は、本件職務命令について、教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないと解されると判示して、行政処分該当性を否定しているけれども、一定の場合には、行政処分に該当することを認めているものと解される。前記2（1）アで取り上げたように、最高裁判所平成3年4月26日第二小法廷判決は、「上告人に対する本件担任解除命令は抗告訴訟の対象となる行政処分には該当せず」と判示している。この判示は、控訴審の広島高等裁判所平成2年9月13日判決の「被控訴人校長の行為は、特定の学級の担任を解くという

校長の職務命令であって、学教法、地公法等によって規定されている控訴人の教諭としての地位や給与その他その法的地位又は利益に対して何らの変更を生ぜしめるものではないというべきである。そうだとすると、本件担任解除命令は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないというべきである」との判断を是認したものである。

訓令・通達には当たらない職務命令プロパーの行政処分該当性について、最高裁は、藤田宙靖博士の肯定的に解する学説に立つものと解される⁽³¹⁾。筆者は、平成24年判決について、平成3年判決を踏襲したものであり、最高裁として、どのような場合に行政処分該当性が認められるかの判断基準を示したところに意義を有すると考える。

なお、平成24年判決は、行政処分該当性を否定した事案であったこともあり、塩野宏博士が懸念されるような取消訴訟の排他的管轄（公定力）との関係について触れていない。筆者は、前記2（1）イで取消訴訟の排他的管轄（公定力）が遮断される理由を整理したところではあるが⁽³²⁾、今後、行政処分該当性が認められる事案があれば、最高裁の判断理由が示されることが期待される。

（2）訓令・通達と職務命令プロパーの区別

前記2（2）イで取り上げたように、藤田

(31) 岩井伸晃・須賀康太郎・前掲注(30)書は、「職務命令の行政処分性に関し、職員に対し行政機関としての職務上の公的義務を課すにとどまる（個人としての権利義務に直接影響を及ぼさない）職務命令については行政処分性が否定されることを前提として……判断がされたものと解される」としたうえで、「本判決の趣旨に照らすと、それ自体が教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼす職務命令（例えば長期の研修命令で実質的にそのような影響を及ぼすもの）については、行政処分性が肯定され、抗告訴訟の対象となるものと解されることになる」と述べる（102・107頁参照）。

(32) 山本隆司「行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴訟の適法性」論究ジュリスト3号（2012年）も、「職務命令が発令されても、職務命令に違反すると目される行為があった後、処分庁が違法行為を認定して初めて懲戒処分が行われるから、職務命令と懲戒処分は明確に分節されて」と述べて（120頁参照）、筆者と同じ見解を採るものとみられる。

宙靖博士は、下級機関（職）を占める公務員が、職務命令服従義務の違反を理由とする懲戒処分を受けることがないよう、訓令・通達に対して出訴することを認めることは、実質上、機関訴訟を認めることと同じであり、そのような見地からして許されないということになろうと述べる。そこで、筆者は、訓令・通達と、訓令・通達には当たらない職務命令プロパーとは、区別する必要があると考える。職務命令服従義務を訴訟で争う場合について、前者の訓令・通達であれば、出訴できないのに対し、後者の職務命令プロパーであって、公務員個人の「法的地位又は利益に対して何らかの変更を生ぜしめる」ものであれば、処分性が肯定されて、抗告訴訟を選択しなければならないからである（処分性が否定されると、公法上の当事者訴訟が選択肢になり得る）。

平成24年判決も、本件職務命令について、職務命令プロパーとしつつも、処分性を否定し、懲戒処分以外の処遇上の不利益を認めて、公法上の当事者訴訟としての職務命令服従義務不存在の確認訴訟の提起を認めている。筆者は、平成16年の行政事件訴訟法改正の公法上の当事者訴訟の一層の活用というねらいに沿う判断を示したところに意義を有すると考える⁽³³⁾。

また、職務命令服従義務の違反を理由とする懲戒処分の争い方について、労働契約説に立たないのであれば、抗告訴訟でしか争えな

いことに異論はないものとする。そのうえで、懲戒処分を受けた後の取消しの訴えだけでなく、「重大な損害を生ずるおそれ」があるとして懲戒処分を受ける前の差止めの訴えの提起を認める判断を示している。筆者は、この点についても、平成16年の行政事件訴訟法改正の差止めの訴えの新設に沿う柔軟な判断を示したところにも意義を有すると考える⁽³⁴⁾。

（3）職務命令服従義務と法令遵守義務の調整

裁判所の判決が示されない段階において、下級機関（職）を占める公務員は、いかに訓令・通達、または訓令・通達には当たらない職務命令プロパーの内容が違法であると判断しても、上級機関（職）との関係では、その内容に従って、その職務を遂行しなければならないのか。それとも、訓令・通達、または訓令・通達には当たらない職務命令プロパーの内容が違法であると主張して、その内容に従うことを拒否できるのか。

現在の有力説である今村成和博士は、前記2（2）イで取り上げたように、次のように整理している⁽³⁵⁾。

- ① 訓令・通達は、下級機関（職）を占める公務員にとっては、職務命令としての性質をもつけれども、訓令・通達の内容が違法であることは、違法な行政権限の行使を下級機関（職）に命令する場合を指し、当然に公務員に対する権利侵害を

(33) 岩井伸晃・須賀康太郎・前掲注（30）書は、「平成16年改正により公法上の当事者訴訟の一類型として行訴法4条に例示的に明記された公法上の当事者訴訟としての確認の訴えについて、その活用に適する場合を示したものと見ると解される」と述べる（105頁参照）。他方で、高橋滋「国歌斉唱等に係る懲戒処分等の差止め訴訟等の適法性」法学セミナー57巻5号（2012年）は、「訴えを適法とし、役割分担に係る判断を示した点は評価できるが、処分に係る不利益とそれ以外とを厳密に区分する立場には異論もあろう」と指摘する（131頁参照）。

(34) 塩野宏・前掲注（3）書は、平成24年判決について、行政事件訴訟法の訴えの類型論として重要であると指摘する（317頁参照）。

意味するものではないから、その限りに
 おいて、違法な職務命令とはいえない。

- ② 違法な職務命令に該当しない場合には、公務員には、これに対応すべき権利がないから、公務員は、行政の統一性保持の必要から、原則として、上級機関（職）の訓令・通達に従うべきである。

- ③ しかし、公務員は、独立した人格として公務に従事する者であるから、訓令・通達に対する盲目的服従が求められるものではなく、また、法令遵守義務を免れることができない以上、盲目的服従をしてはならない。訓令・通達の内容に基づいて処分を行うことが明白に違法である場合、又はそれによって重大な権利侵害を生ずる場合には、公務員には、訓令・通達に対する服従義務を強要することはできない。すなわち、公務員には、その限りにおいて、訓令・通達に対する審査権が認められる。

この現在の有力説に対し、筆者は、前記2（2）ウで取り上げたように、職務命令服従義務と法令遵守義務が衝突する場合には、行政組織の階層性原理（行政の統一性保持）よりも法律による行政の原理（法治主義）を重視して、「訓令・通達の内容に基づいて処分を行うことが明白に違法である場合、又はそれによって重大な権利侵害を生ずる場合」に限定を加えないで、法令遵守義務を優先すべきであると主張している。つまり、筆者は、訓令・通達の内容に違法がある場合には、特

に限定を加えないで、職務命令服従義務は解除されて法令遵守義務が優先すべきであると主張している。確かに現在の有力説と筆者の見解には、訓令・通達の内容が違法である場合には隔たりがあるけれども、前記2（2）イで述べたように、訓令・通達には当たらない職務命令プロパーの内容が違法である場合には、現在の有力説も限定を加えないので、筆者の見解とは相違がないことも確認しておきたい⁽³⁶⁾。

また、前論考の補充説明になるが、訓令・通達であれ、訓令・通達には当たらない職務命令プロパーであれ、その内容が不当にとどまる場合には、職務命令服従義務と法令遵守義務が衝突しないし、後述するように出訴して裁判所に判断を仰ぐこともできないので、上級機関（職）の判断が優先して、下級機関（職）を占める公務員は、基本的には服従義務が課せられることになる。つまり、筆者の見解は、違法と不当の区分でもって、服従義務の有無を決定することになる。なお、不当な内容を発出した上級機関（職）を占める公務員は、その責任を問われて、懲戒処分を受ける場合があり得る。

最近、松戸浩教授は、基本的には現在の有力説に立ちながら、行政組織の階層性原理（行政の統一性保持）を理由とするのではなく、訓令・通達であれ、訓令・通達には当たらない職務命令プロパーであれ、その内容が違法であることは、当然に下級機関（職）を占める公務員に対する権利利益の侵害を意味

(35) 山本隆司・前掲注（32）書は、厳密にいうと断りながら、「公務員の服従義務は、公益を保護する規範との適合性が問題になる場合は、職務命令に重大または明白な違法がない限り肯定し、公務員個人を保護する規範との適合性が問題になる場合は、職務命令に単純な違法があれば否定する方向で考えるべきではないか」と述べる（119頁参照）。

(36) 松戸浩「訓令・職務命令の服従義務」立教法務研究9号（2016年）は、今村成和博士の見解について、職務命令プロパーが労働指揮権の行使に係る法規の違反である場合に限定して、服従義務が解除されると理解する（349頁以下参照）。今村成和博士の見解に関する限り、本文で述べた筆者の理解とは異なる。

するものではなく、権利利益に関わりないのであれば、当該公務員は一般的には訴えの利益を欠いて出訴できないのであって、裁判で決着をつけられない以上、当該公務員には服従義務があると主張する⁽³⁷⁾。権利利益に関わりない例示として、違法に特定の申請を拒否する旨の指令を挙げる⁽³⁸⁾。

松戸浩教授は、まず「今村博士は訓令が職務命令としての側面をも持つ場合に、訓令と職務命令夫々の違法の内容を区別すべきことを説いていたものであり諸々の職務命令を訓令的なものと非訓令的なものとに分類した上で夫々の違法を区別すべきことを説いたものではないといえるが、そこでは訓令固有の違法は当然に受命公務員に対する権利侵害を意味するものではないとされる一方、職務命令の違法は労働指揮権の行使としての適法性を欠くことを意味するところ、それは相手方公務員の権利を違法に侵害することである」と整理する。そして「本稿の分析は職務命令の違法認定権の所在を意識した分析という今村博士とは異なるアプローチによったものであるが、結果的には職務命令の服従義務の範囲につき新たな提言をするというよりは今村博士の結論につき異なる説明を加えるものということになろうか」⁽³⁹⁾と述べる。

筆者の疑問点の一つは、今村成和博士が例外的な取扱いをされる「訓令・通達の内容に基づいて処分を行うことが明白に違法である場合、又はそれによって重大な権利侵害を生ずる場合」について、松戸浩教授は同じく例

外的な取扱いをされるのかどうかにある。例外的な取扱いの場合についても、今村成和博士に従えば権利利益が侵害されるのは、相手方の私人であって、下級機関（職）を占める公務員ではないから、松戸浩教授の見解に従えば、当該公務員は訴えの利益を欠いて出訴できないので、服従義務があるとの結論が出され、今村成和博士の結論とは異なることになるように思われる。また、松戸浩教授は、田中二郎博士の公務員の服従義務についての重大明白説を批判して、専ら下級機関（職）を占める「公務員の権利利益と関わりのある違法事由であるか否かにより服従義務の範囲は決せられるべきである」⁽⁴⁰⁾と述べるので、この点からも今村成和博士の結論とは異なることになるものと、筆者は理解する。

上記の筆者の疑問点は、松戸浩教授の見解に対する筆者の理解不足にあるのかもしれない。しかし、筆者は、前記2（3）で取り上げたように、現在の有力説を含めて、従前の学説に対して疑問点を持っている。松戸浩教授の上記の職務命令の違法認定権の所在を意識した分析とは、下級機関（職）を占める公務員の権利利益に対する侵害またはそのおそれがないければ、訴えの利益を欠いて、そもそも当該公務員は出訴できない（出訴しても却下される）から、裁判所が職務命令の違法認定権を有するのは、当該公務員の権利利益に対する侵害またはそのおそれがある場合に限定される。下級機関（職）を占める公務員の権利利益に対する侵害またはそのおそれがな

(37) 松戸浩・前掲注（36）書354頁以下参照。松戸浩教授は、「従来職務命令の服従義務が論じられる際に前提とされてきた、公務員の法令順守義務と行政組織の統一的運営の要請とが対立関係にあるとする措置は抑々成り立ちうるものであるかという疑問が抱かれる」と述べて、これまでの議論に根本的な疑問も示す（同・前掲注（36）書362頁参照）が、本文でも述べるように首肯できない。

(38) 松戸浩・前掲注（36）書360頁参照。

(39) 松戸浩・前掲注（36）書367・368頁参照。

(40) 松戸浩・前掲注（36）書363頁参照。

ければ、法令遵守義務があるにしても、裁判で決着がつけられないので、職務命令の法令違反の有無がはっきりさせられず、当該公務員には職務命令服従義務があるというものである。

この下級機関（職）を占める公務員の権利利益に対する侵害またはそのおそれがないければ、訴えの利益を欠いて出訴できないという松戸浩教授の見解については、行政事件訴訟法9条1項と10条1項の関係の議論を脇に置いて⁽⁴¹⁾、一般論でいえば当然のことであり、筆者も異論がない。筆者の根本的な疑問点は、どんな場合に下級機関（職）を占める公務員の権利利益に対する侵害またはそのおそれがないといえるのかである。現在の有力説を含めて、従前の学説は、主として訓令・通達の内容に違法があるとして服従を拒否する場合を想定しているものと考えられる。松戸浩教授も、上記のように「違法に特定の申請を拒否する旨の指令」に対する服従の拒否を挙げる。その想定には、現在の有力説であれば、例外的な取扱いをされる「訓令・通達の内容に基づいて処分を行うことが明白に違法である場合、又はそれによって重大な権利侵害を生ずる場合」を除いて、仮に法令違反の訓令・通達であると認識しながら、当該訓令・通達に漫然と服従しても、法令遵守義務違反として懲戒処分を受けることはないという前提を置いている。

この前提が完全に通用するとの想定の下で、国家公務員法98条1項（地方公務員法32条）を解釈していることになる。しかし、例外的な取扱いをされる極端な場合ほどではないにしても、法令違反の訓令・通達であると認識

しながら漫慢と服従するだけで、例えばいかに相手方たる私人の権利利益を侵害しても、法令遵守義務違反として懲戒処分を受けることはないという法令上の保障（つまり懲戒処分を受けない法的地位の保障）を与える解釈がどこから出てくるのだろうか、筆者は首を傾げざるを得ない。法令遵守（コンプライアンス）重視の今日、筆者は、この行政の事なかれ主義を助長する前提及びそれに基づく解釈が必ずしも通用しなくなっていると考える。筆者は、この前提及びそれに基づく解釈が必ずしも通用しないで、懲戒処分を受けない法的地位を保障できないのであれば、法令遵守義務違反を理由とする懲戒処分を受けるという公務員の権利利益に対する侵害のおそれに訴えの利益を認めて、基本的には出訴できると解する。出訴を認めても、裁判で法令に合致する訓令・通達であると認定されれば、職務命令服従義務を拒否しているので、懲戒処分を受ける場合があることは、当然である。

なお、上記で「基本的には出訴できる」と述べたのは、極めて軽微な法令違反であって、懲戒処分を受けることはおよそ想定できない特段の事情が認められる場合であるとか、例外的に訴えの利益が否定される場合が全くないとも言い切れないからである。もっとも極めて軽微であっても、法令違反の訓令・通達の場合には、公務員には職務命令服従義務がない。以上、前記2（3）のこれまでの諸学説の問題点として指摘したところに、訴えの利益との関係についての筆者の見解を付けくわえさせていただく。

最後に、これまでの諸学説は訓令・通達と、訓令・通達には当たらない職務命令プロ

(41) 例えば福井秀夫「行政事件訴訟法10条1項による自己の『法律上の利益』に関係のない違法の主張制限について—2004年改正法による原告適格の『法律上の利益』概念との関係を踏まえて（上）（下）」自治研究84巻（2008年）9号37頁以下・10号3頁以下参照。

パーとを区別して議論してきたけれども、平成24年判決は、今村成和教授のいう労働指揮権の行使とはいえない職務命令プロパーに関する事案であったことから、必ずしも両者の区別にとらわれないで論じているとの指摘がみられる⁽⁴²⁾。この指摘は、前論考でも最高裁判所昭和47年11月30日第一小法廷判決（民集26巻9号1746頁）（勤務評定実施要領等の義務不存在確認請求事件）の事例を紹介して、今村成和博士の整理に当てはまらないケースがあることを述べたけれども、ようやく現在の有力説も認めるに至ったものといえよう⁽⁴³⁾。本論考でも縷々述べてきたように、職務命令プロパーの場合以外にも、公務員の権利利益の侵害またはそのおそれが生ずる場合があるからである。両者の区別は、前記（2）でも述べたように訴訟類型の選択には必要であるけれども、上記で述べたように違法な内容の場合には不要である。

もっとも、平成24年判決は、訓令・通達には当たらない職務命令プロパーに係る事案であり、したがって、職務命令服従義務と法令遵守義務とが正面衝突する事案でもない。仮に職務命令による起立斉唱義務（ピアノ伴奏義務を含む）が憲法19条の思想・良心の自由に違反するとしても⁽⁴⁴⁾、直接に権利利益を侵害されるのは教職員であって、職務命令に従って起立斉唱義務に服従すれば法令遵守義務に違反するとして懲戒処分を受けるおそれがある事案ではないからである。筆者の見解から平成24年判決をみると、前記（1）で

取り上げた職務命令の行政処分該当性の有無及びその範囲と、前記（2）で取り上げた訴訟類型の選択を除くとき、特に注目すべき点は見当たらない。どの学説からみても、平成24年判決は、教職員の権利利益の侵害またはそのおそれの有無によって、出訴の可否を判断するという当然の事理を判示しているに過ぎないとの理解が可能である⁽⁴⁵⁾。

筆者は、訓令・通達に服従する場合であれ、拒否する場合であれ、正面から職務命令服従義務と法令遵守義務が衝突する事案で、最高裁がどんな判断を示すのかに注目している。こうした事案では、「訓令・通達の内容に基づいて処分を行うことが明白に違法である場合、又はそれによって重大な権利侵害を生ずる場合」以外にも、公務員の権利利益の侵害またはそのおそれがある場合として、どんな場合が該当するのかについて、判断基準を示す必要性に迫られると考えるからである。

5. 終わりに

筆者は、公務員の職務命令服従義務と法令遵守義務について、両者のバランスをどう調整すべきか、未だ決着がついていないと考える。学説の進展を待つことになるのか、新判例の登場を待つことになるのか、不明である。筆者としては、新判例の登場前に学説の進展があり、新判例は学説の進展を踏まえたものになることが望ましいと考える。今後の学説の進展に期待したい。

(42) 塩野宏・前掲注（3）書318頁参照。

(43) 前掲注（1）書・自治研究88巻4号71頁参照。

(44) 平成24年判決には、起立斉唱義務（ピアノ伴奏義務を含む）が憲法19条の思想・良心の自由に違反する可能性が高いとの宮川光治裁判官の反対意見が付されている。

(45) 塩野宏・前掲注（3）書は、「公務員の基本的な人権にも関わる職務命令に対しては違法の抗弁を認めた点で、公務員勤務関係法上、理論的にも実務的にも重要な意味をもつ」としながらも、「学説上争いのある職務命令の違法の抗弁を認める範囲に関しては、本判決の射程は必ずしも広くない」と指摘する（318頁参照）。